



Arrest

**nr. 121 015 van 20 maart 2014
in de zaak RvV X / II**

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding.

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIDE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 18 november 2013 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en voor Maatschappelijke Integratie van 9 oktober 2013 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten. De bestreden beslissing werd aan verzoekster betekend op 18 oktober 2013.

Gezien titel I *bis*, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 21 november 2013 met refertenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 21 januari 2014, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 13 februari 2014.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat R. DANEELS, die verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat N. DE POORTERE, die *loco* advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Verzoekster heeft de Marokkaanse nationaliteit.

Op 26 september 2006 beviel verzoekster te Marrakech (Marokko) van een dochter, J. R, die de Italiaanse nationaliteit heeft.

Op 15 december 2011 kwam verzoekster met haar dochter aan in België.

Bij beschikking van 3 oktober 2012 van de jeugdrechtbank te Nijvel werd het omgangsrecht voorlopig integraal toegekend aan verzoekster.

Op 21 januari 2013 diende verzoekster in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van haar minderjarige Italiaanse dochter J. een aanvraag voor een verklaring van inschrijving in als houder van toereikende bestaansmiddelen. Daarbij werd verzocht om binnen de drie maanden bewijzen van inkomsten, een attest van de mutualiteit en een tenlasteneming over te maken.

Op 12 juli 2013 werd de minderjarige dochter van verzoekster in het bezit gesteld van een identiteitskaart ten gevolge van een beslissing van toekenning tot verblijf door verweerder op grond van artikel 42, § 2 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna verkort de vreemdelingenwet).

Op 15 april 2013 diende verzoekster in eigen naam een aanvraag tot verblijf in, in haar hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie, in functie van haar dochter J.

Op 9 oktober 2013 besliste de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en voor Maatschappelijke Integratie ten aanzien van verzoekster tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten.

Dit is thans de bestreden beslissing, waarvan de motivering luidt als volgt:

"In uitvoering van artikel 52, §4, 5^e lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 15.04.2013 werd ingediend door:

[...]

om de volgende reden geweigerd:

Betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie.

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 4S van de wet van 15.12.1980 stelt dat als familielid w de burger van de Unie worden beschouwd: 'de bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder 1° of 2°, die te hunnen laste zijn die hen begeleiden of zich bij hen voegen

Betrokkene heeft onvoldoende aangetoond ten laste te zijn van de referentiepersoon,

Er worden volgende bewijzen voorgelegd:

- uitspraak van de Jeugdrechtbank te Nijvel dd 03 10,2012 waaruit blijkt dat betrokkene beschikt: over het recht van bewaring over de referentiepersoon

- attest van regelmatige lesbijwoning schooljaar 2012-2013 (voor de periode 03.09.2012 - 18.09. 2012) voor de referentiepersoon

- notariële akte dd. 30.05.2012 waaruit blijkt dat een derde, dhr D. G., partner van betrokkene, eigenaar is van de gezinswoning

- loonfiches (december 2012 - februari 2013) van een derde, dhr. D. G., partner van betrokkene

Er werden echter geen bewijzen voorgelegd aangaande de bestaansmiddelen van de referentiepersoon. Bijgevolg blijkt uit het geheel van de voorgelegde documenten niet dat de referentiepersoon, zijnde de minderjarige dochter van betrokkene, beschikt over voldoende bestaansmiddelen om betrokkene ten laste te nemen.

Betrokkene voldoet dan ook niet aan de vereiste voorwaarden van artikel 40bis van de wet van 15.12.1980 om het verblijfsrecht in België te verkrijgen op basis van gezinshereniging.

Het recht op verblijf geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

Aan betrokkene wordt bevel gegeven het grondgebied van het Rijk te verlaten binnen 30 dagen.

Wettelijke basis: artikel 7, §1, 2° van de wet van 15 12.1980: legaal verblijf in België is verstreken."

2. Onderzoek van het beroep

Verzoekster voert in haar eerste middel aangaande de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden de schending aan van artikel 40bis van de vreemdelingenwet, van de artikelen 24 en 37 van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (hierna verkort de Richtlijn vrij verkeer), van de artikelen 20 en 21 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en van de zorgvuldigheidsplicht.

Zij licht haar eerste onderdeel toe als volgt:

"Artikel 3, lid 1, van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden bepaalt dat:

"Deze richtlijn is van toepassing ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2, die hem begeleiden of zich bij hem voegen".

J. R., dochter van verzoekster, heeft de Italiaanse nationaliteit. Ze is bijgevolg burger van de Unie. Ze heeft gebruik gemaakt van haar recht op vrij verkeer door zich in België te vestigen.

Dat J. recht heeft op verblijf in België staat vast nu tegenpartij haar op 12.07.2013 een verklaring van inschrijving heeft afgegeven (stuk 3). Dat de dochter van verzoekster, die vandaag 7 jaar oud is, nog minderjarig is neemt niet weg dat de richtlijn 2004/38/EG op haar en haar familieleden van toepassing is.

Het Hof van Justitie oordeelde reeds in het arrest Zhu & Chen dd. 19.10.2004 (C-200/02) in punt 20 dat: "Overigens kan een kind van jonge leeftijd zich (...) beroepen op de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde rechten van vrij verkeer en verblijf. Of een onderdaan van een lidstaat houder kan zijn van de rechten die het Verdrag en het afgeleide recht waarborgen op het gebied van het vrije verkeer van personen, mag niet afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat de betrokkene de leeftijd heeft bereikt waarop hij juridisch bekwaam is om deze rechten zelf uit te oefenen (...). Bovendien blijkt, zoals de advocaat-generaal in de punten 47 tot en met 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt, noch uit de bewoordingen noch uit het doel van de artikelen 18 EG (nieuw artikel 21 VWEU) en 49 EG (nieuw artikel 51 VWEU) en van de richtlijnen 73/148 en 90/364 (vervangen door de richtlijn 2004/38/EG van 29 april 2004), dat het genot van de in deze bepalingen vervatte rechten afhankelijk is gesteld van een voorwaarde inzake een minimumleeftijd".

De richtlijn 2004/38/EG voorziet in een gelijke behandeling van de burgers van de Unie en eigen onderdanen van een lidstaat. Zo voorziet de considerans (20) dat:

"In overeenstemming met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit moeten alle burgers van de Unie en hun familieleden die op grond van deze richtlijn in een lidstaat verblijven, in de lidstaat op de gebieden waarop het Verdrag van toepassing is op gelijke wijze worden behandeld als de eigen onderdanen, onverminderd de specifieke bepalingen van het Verdrag en de secundaire wetgeving" en stelt artikel 24.1 van de richtlijn 2004/38/EG dat:

"Onverminderd specifieke, in het Verdrag en het afgeleide recht uitdrukkelijk opgenomen bepalingen, geniet iedere burger van de Unie die op basis van deze richtlijn op het grondgebied van een gastland verblijft, binnen het toepassingsgebied van het Verdrag dezelfde behandeling als de onderdanen van het gastland. Dit recht geldt ook voor familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten en die verblijfsrecht of duurzaam verblijfsrecht genieten."

In de bestreden beslissing weigert tegenpartij de aanvraag van verzoekster, onderdaan van een derde land, om haar minderjarige Italiaanse dochter te vervoegen omdat:

"(...) uit het geheel van de voorgelegde documenten niet (blijkt) dat de referentiepersoon, zijnde de minderjarige dochter van betrokkene, over voldoende bestaansmiddelen (beschikt) om betrokkene ten laste te nemen".

In het geval dat een minderjarige Belg zich laat vervoegen door een ouder, onderdaan van een derde staat, voorziet de Vreemdelingenwet echter niet dat de minderjarige over voldoende bestaansmiddelen dient te beschikken.

Artikel 40ter lid 1, tweede streepje Vreemdelingenwet voorziet in een gunstig regime in het kader van een gezinsherenigingsaanvraag van een bloedverwant in opgaande lijn met een minderjarige Belg.

De ouder dient in dit geval enkel de afstammingsband aan te tonen, zijn identiteit te bewijzen en het Belgische kind te begeleiden of te vervoegen. Er worden geen andere wettelijke voorwaarden voorzien. Bijgevolg kan in het geval van een gezinsherenigingsaanvraag door een ouder, onderdaan van een derde land, met zijn of haar minderjarig kind, burger van de Unie, die in België verblijft, geen andere voorwaarden worden opgelegd dan wanneer het kind Belg zou zijn.

Artikel 24 van de richtlijn 2004/38/EG voorziet in een gelijke behandeling tussen de burgers van de Unie en hun familieleden enerzijds en de eigen onderdanen van het gastland anderzijds.

Artikel 37 van de richtlijn 2004/38/EG voorziet dat:

"Het bepaalde in deze richtlijn geldt onverminderd de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat die eventueel gunstiger zijn voor de personen waarop deze richtlijn betrekking heeft."

Artikel 22 in combinatie met artikel 37 van de richtlijn beletten dat Belgische rechtsregels wat betreft de gezinshereniging met een minderjarige EU-onderdaan ongunstiger zijn dan voor eigen Belgische onderdanen. In casu dient de bestreden beslissing dan ook vernietigd te worden daar waar zij bij de

gezinshereniging met de minderjarige EU-burger strengere eisen oplegt, met name het ten laste zijn van deze minderjarige EU- burger, terwijl deze eisen voor de familieleden van de minderjarige Belg niet gelden.

Zulks creëert een ongelijkheid in de behandeling dewelke verboden wordt door voormelde richtlijn.

De ouder van het minderjarige Italiaans kind wordt gediscrimineerd ten aanzien van de ouder van het minderjarige Belgische kind. De richtlijn verbiedt evident discriminatie.

Artikel 40bis §1 Vreemdelingenwet voorziet dat:

"Onverminderd de meer voordelige bepalingen vervat in wetten of Europese verordeningen waarop de familieleden van de burger van de Unie zouden kunnen aanspraak maken, zijn de hiernavolgende bepalingen op hen van toepassing.

Uit de bestreden beslissing zelf blijkt dat de identiteit van verzoekster vaststaat, dat bewezen is dat zij de moeder is van J., die de Italiaanse nationaliteit heeft, dat verzoekster over het recht van bewaring beschikt over J. en dat ze samenwonen te Asse.

Verzoekster voldoet aan de voorwaarden van artikel 40ter, lid 1, tweede streepje Vreemdelingenwet.

Bijgevolg diende tegenpartij aan verzoekster een verblijfsrecht van meer dan drie maanden toe te kennen. Door dit niet te doen, schendt tegenpartij in de bestreden beslissing artikel 40bis Vreemdelingenwet juncto artikel 24 en artikel 37 van de richtlijn 2004/38/EG."

Verzoekster licht haar tweede onderdeel toe als volgt:

"Artikel 20 VWEU verleent aan eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit de status van burger van de Unie en artikel 21 VWEU voorziet dat iedere burger van de Unie het recht heeft vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven.

De dochter van verzoekster heeft de Italiaanse nationaliteit en is derhalve burger van de Unie. Het effectief genot van haar recht op vrij verkeer en haar recht op verblijf in België dient te worden gewaarborgd.

Het Hof van Justitie stelde reeds in het arrest Zhu & Chen van 19 oktober 2004 in de zaak C-200/02 in punt 45 en 46 dat:

"Indien daarentegen de ouder, onderdaan van een lidstaat of van een derde staat, die daadwerkelijk zorgt voor een kind waaraan artikel 18 EG (thans artikel 21 VWEU) en richtlijn 90/364 een verblijfsrecht toekennen, niet werd toegestaan met dit kind in de lidstaat van ontvangst te verblijven, zou zulks het verblijfsrecht van het kind ieder nuttig effect ontnemen. Het is immers duidelijk dat het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die er daadwerkelijk voor zorgt, en dientengevolge dat deze persoon gedurende dat verblijf bij het kind in de lidstaat van ontvangst kan wonen (...).

Om deze enkele reden moet worden geantwoord dat wanneer, zoals in het hoofdgeding, artikel 18 EG (thans artikel 21 VWEU) en richtlijn 90/364 een recht om voor onbepaalde tijd op het grondgebied van de ontvangende lidstaat te verblijven verlenen aan de minderjarige van jonge leeftijd die onderdaan is van een andere lidstaat, deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor deze onderdaan zorgt, toestaan om met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven. (wij onderlijnen)"

Het Hof van Justitie stelde verder in het arrest van 08 maart 2011 in zaak Gerardo Ruiz Zambrano t/ Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, C-37/09 (punt 41 t.e.m. 45)

"Het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk verklaard dat de hoedanigheid van burger van de Unie de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten moet zijn (zie met name arresten van 20 september 2001, Grzelczyk, C-184/99, Jurispr. Blz.I-6193, punt 31, en 17 september 2002,

Baumbast en R, C-413/99, Jurispr. Blz. 1-7091, punt 82, en arresten Garcia Avello, punt 22, Zhu en Chen, punt 25, en Rottmann, punt 43).

In die omstandigheden verzet artikel 20 VWEU zich tegen nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat burgers van de Unie het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten (zie arrest Rottmann, punt 42) (wij onderlijnen)".

Gelet op het feit dat J. minderjarig is en zij helemaal afhankelijk is van verzoekster, heeft de beslissing van tegenpartij om aan verzoekster het verblijfsrecht te weigeren noodzakelijkerwijze tot gevolg dat J. niet verder haar recht op verblijf in België kan uitoefenen.

De bestreden beslissing schendt artikel 40bis Vreemdelingenwet juncto artikel 20 en 21 VWEU."

Verzoekster licht het derde onderdeel toe als volgt:

"Verzoekster vormt samen met haar dochter J., haar partner de heer D. en diens dochter een gezin. Ze wonen allen in de gezinswoning te Asse. Johanna is minderjarig en derhalve schoolplichtig. Zij kan geen inkomen verwerven uit werk. Teneinde haar verklaring tot inschrijving als burger van de Unie te

bekomen heeft J. aan tegenpartij aangetoond houder te zijn van toereikende bestaansmiddelen door middel van een tenlasteneming die door de partner van verzoekster, de heer D., onderschreven werd. De heer D. heeft hierbij tevens aangetoond eigenaar te zijn van de gezinswoning en over voldoende inkomsten te beschikken uit loonverband. Tegenpartij heeft op basis van deze informatie een verklaring van inschrijving aan J. afgegeven.

In het kader van de gezinshereniging aanvraag van verzoekster heeft zij aan de hand van loonfiches opnieuw aangetoond dat de heer D. voorziet in de kosten en onderhoud van het hele gezin.

Het Hof van Justitie stelde in het arrest Zhu & Chen van 19 oktober 2004 in de zaak C-200/02 in punt 29 t.e.m. 33 dat:

"De tegenwerping van de Ierse regering en van de regering van het Verenigd Koninkrijk dat de voorwaarde met betrekking tot toereikende bestaansmiddelen inhoudt dat de belanghebbende (...) zelf over dergelijke bestaansmiddelen moet beschikken zonder zich daartoe te kunnen beroepen op de bestaansmiddelen van een familielid (...) dat hem begeleidt, is ongegrond.

Volgens de bewoordingen van artikel 1, lid 1, van richtlijn 90/364 volstaat het dat onderdanen van lidstaten over toereikende bestaansmiddelen "beschikken". Deze bepalingen stelt niet het minste vereiste met betrekking tot de herkomst van deze middelen.

Deze uitlegging is te meer geboden daar bepalingen waarin een fundamenteel beginsel zoals het beginsel van het vrije verkeer van personen verankerd is, ruim moeten worden uitgelegd.

Bovendien berusten de in artikel 18 EG (thans artikel 21 VWEU) bedoelde en in richtlijn 90/364 vastgelegde beperkingen en voorwaarden op de gedachte, dat de uitoefening van het verblijfsrecht van de burgers van de Unie ondergeschikt kan worden gemaakt aan de legitieme belangen van de lidstaten. Zo blijkt weliswaar uit de vierde overweging van de considerans van voormelde richtlijnen dat degenen die het verblijfsrecht genieten geen "onredelijke" belasting voor de algemene middelen van de lidstaat van ontvangst mogen worden, maar volgens de rechtspraak van het Hof moeten deze beperkingen en voorwaarden worden toegepast met inachtneming van de grenzen die het gemeenschapsrecht stelt en overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel (...).

De door de Ierse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk voorgestane uitlegging van de voorwaarde inzake toereikende bestaansmiddelen in de zin van richtlijn 90/364; zou aan die voorwaarde zoals zij in deze richtlijn is geformuleerd, een vereiste met betrekking tot de herkomst van de bestaansmiddelen toevoegen, hetgeen een onevenredige inmenging zou vormen in de uitoefening van het door artikel 18 EG (thans artikel 21 VWEU) gewaarborgde fundamentele recht van vrij verkeer en verblijf, aangezien deze niet noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het beoogde doel, te weten de bescherming van de overheidsfinanciën van de lidstaten."

Zoals Uw Raad reeds oordeelde in een arrest nr. 65.747 van 24 augustus 2011 dient in het kader van een verblijfsaanvraag van een familielid van een burger van de Unie, als bloedverwant in opgaande lijn, zoals in casu het geval, de tegenpartij rekening te houden met de alle gezinsinkomsten.

Tegenpartij diende rekening te houden met de inkomsten van alle personen die daadwerkelijk deel uitmaken van het gezin.

Uit de informatie die aan de verblijfsaanvraag van verzoekster en de aanvraag van J. werd gevoegd blijkt duidelijk dat de heer D. alleen instaat voor alle kosten van het gezin.

Zoals aangegeven in het kader van haar aanvraag wenst verzoekster zo snel mogelijk zelf werk te vinden. Hiervoor diende ze echter te wachten op de afgifte van een bijlage 19ter, zonder dewelke ze geen recht heeft om te werken in België.

Verzoekster ondertekende een arbeidscontract met de BVBA Den Ouden Belg dd. 23 oktober 2013 (stuk 5).

Gelet op het feit dat de bestreden beslissing haar op 18 oktober j.l. ter kennis werd gegeven en haar attest van immatriculatie werd ingetrokken kan zij deze arbeidsovereenkomst echter niet uitvoeren. Gelet op de nieuwe omzendbrief dd. 30 augustus 2013 betreffende de juridische draagwijdte van bijlage 35 heeft verzoekster in het kader van de huidige beroepsprocedure ook geen recht om te werken.

Op heden kan verzoekster derhalve niet werken en staat de heer D., met zijn maandelijks netto-inkomen van ongeveer 2.200 euro, in voor de kosten en onderhoud van het hele gezin. Hierbij dient rekening te worden gehouden met het feit dat de heer D. geen huurlasten draagt nu hij eigenaar is van de gezinswoning (zie notariële akte die aan de aanvraag werd gevoegd).

Tegenpartij diende met de relevante elementen waarover zij beschikte (loonfiches van de heer D. en de notariële akte) rekening te houden om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen.

De bestreden beslissing schendt artikel 40bis Vreemdelingenwet iuncto artikel 20 en 21 VWEU, alsook de zorgvuldigheidsplicht."

In het derde onderdeel van het eerste middel voert verzoekster de schending aan van artikel 40bis van de vreemdelingenwet. Zij voert aan dat haar dochter J. wel degelijk over voldoende bestaansmiddelen

beschikt, daar haar dochter immers haar inschrijving als Unieburger heeft bekomen als houdster van voldoende bestaansmiddelen, via de tenlasteneming door haar partner. Bovendien heeft haar partner aangetoond eigenaar te zijn van de gezinswoning en over voldoende inkomsten te beschikken (loonfiches). Zij gaat uitvoerig in op het arrest Zhu en Chen van het Hof van Justitie (HvJ 19 oktober 2004, C-200/02, Zhu and Chen/ Home Office) en meent dat met alle feitelijke gezinsinkomsten rekening moet worden gehouden.

De Raad stelt vast dat onbetwist is dat verzoekster voor dochter J. op 21 januari 2013, in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van haar minderjarige Italiaanse dochter, een aanvraag voor een verklaring van inschrijving heeft ingediend als houder van toereikende bestaansmiddelen en dat dochter J. op die grond ook effectief een verblijfsrecht als Unieburger heeft verkregen.

Uit het administratief dossier blijkt dat zowel bij de aanvraag voor een verklaring van inschrijving van dochter J. als houder van toereikende bestaansmiddelen (bijlage 19), als bij de aanvraag van verzoekster van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie in functie van haar dochter J. (bijlage 19ter) werd gevraagd dat respectievelijk tenlasteneming + bewijzen inkomsten en bewijs van voldoende bestaansmiddelen van dochter J. zouden worden voorgelegd.

Tevens blijkt dat verzoekster als wettelijk vertegenwoordiger van J. een tenlasteneming door de heer D. voor haar dochter heeft voorgelegd, alsook loonfiches van de heer D. waaruit blijkt dat hij ruim 2000 euro netto per maand verdient en eigenaar is van een gezinswoning. Ook een attest van de mutualiteit waaruit blijkt dat de heer D. dochter J. ten laste heeft, werd voorgelegd. Verweerder betwist niet dat hij dochter J. op grond van die stukken heeft beschouwd als houder van toereikende bestaansmiddelen en een attest van immatriculatie heeft gegeven. In deze werd de rechtstreekse band tussen de heer D. en dochter J. aanvaard voor het bewijs van de voldoende bestaansmiddelen.

In de bestreden beslissing wordt echter niet langer aanvaard dat dochter J. over voldoende bestaansmiddelen beschikt, en dit om haar moeder "ten laste" te nemen. De bestreden beslissing verwijst nochtans naar de notariële akte waaruit blijkt dat de heer D, partner van betrokkene, eigenaar is van de gezinswoning en naar de loonfiches van de heer D, partner van betrokkene.

Verzoekster wijst in deze terecht naar het arrest Zhu en Chen waarin het Hof van Justitie een interpretatie geeft aan zowel artikel 18 van het EG (thans artikel 21 van het VWEU) als aan de oude richtlijn 90/364/EEG die werd vervangen door richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (hierna verkort de Richtlijn vrij verkeer), hetgeen onder meer werd omgezet in artikel 40bis van de vreemdelingenwet.

Verzoekster wijst erop dat dit arrest in zijn paragraaf 30 stelt: *"volgens de bewoordingen van artikel 1, lid 1, van richtlijn 90/364 volstaat het dat onderdanen van lidstaten over toereikende bestaansmiddelen "beschikken". Deze bepalingen stelt niet het minste vereiste met betrekking tot de herkomst van deze middelen."*

En verder: *"Deze uitlegging is te meer geboden daar bepalingen waarin een fundamenteel beginsel zoals het beginsel van het vrije verkeer van personen verankerd is, ruim moeten worden uitgelegd."*

Bovendien berusten de in artikel 18 EG bedoelde en in richtlijn 90/364 vastgelegde beperkingen en voorwaarden op de gedachte, dat de uitoefening van het verblijfsrecht van de burgers van de Unie ondergeschikt kan worden gemaakt aan de legitieme belangen van de lidstaten. Zo blijkt weliswaar uit de vierde overweging van de considerans van voormelde richtlijnen dat degenen die het verblijfsrecht genieten geen "onredelijke" belasting voor de algemene middelen van de lidstaat van ontvangst mogen worden, maar volgens de rechtspraak van het Hof moeten deze beperkingen en voorwaarden worden toegepast met inachtneming van de grenzen die het gemeenschapsrecht stelt en overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel (...).

Verweerder echter vereist in de bestreden beslissing, net zoals de Ierse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk in de zaak Zhu en Chen, dat *"de referentiepersoon, zijnde de minderjarige dochter van betrokkene, beschikt over voldoende bestaansmiddelen om betrokkene [haar moeder] ten laste te nemen"*.

Het arrest Zhu en Chen stelde echter dat aangezien de Ierse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk aan de voorwaarde inzake toereikende bestaansmiddelen een voorwaarde met betrekking tot de herkomst hadden toegevoegd, dit toevoegen een onevenredige inmenging vormde in de uitoefening van het door artikel 18 van het EG (thans artikel 21 van het VWEU) gewaarborgde fundamentele recht van vrij verkeer hetgeen niet noodzakelijk was voor de bescherming van de overheidsfinanciën van de lidstaten.

Uit de door verzoekster voorgelegde stukken blijkt echter dat verzoekster noch haar minderjarige dochter afhankelijk zijn van overheidsgeld en dat zij op het ogenblik van de bestreden beslissing over toereikende bestaansmiddelen beschikten om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste vallen van het Rijk. Deze onafhankelijkheid van overheidsmiddelen was eveneens het geval voor Zhu en Chen.

Waar verweerder aanvoert dat verzoekster op geen enkele wijze aantoont dat haar bestaansmiddelen toereikend zijn om te voorkomen dat haar dochter ten laste komt van de overheidsfinanciën, kan de Raad bijgevolg niet volgen. Zoals het arrest Zhu en Chen heeft gesteld in zijn paragraaf 30, waarnaar verzoekster verwijst, stelt de richtlijn "*niet het minste vereiste*" met betrekking tot de herkomst van de middelen. Het feit dat het in deze zaak de moeder was, en niet de partner zoals *in casu*, die instond voor de toereikende bestaansmiddelen, doet hieraan geen afbreuk zolang duidelijk is dat de referentiepersoon over voldoende bestaansmiddelen kan beschikken. Hiervoor vereist noch de richtlijn, noch artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet dat een minderjarig kind over een juridische titel moet beschikken om aan te tonen dat het kind feitelijk over de middelen kan beschikken, zolang duidelijk is dat noch het kind, noch de bloedverwant in opgaande lijn afhankelijk zijn van overheidsmiddelen. Verweerder erkent in de bestreden beslissing dat de heer D, de partner is van de verzoekster en heeft erkend dat dochter J. omwille van de middelen van de heer D. over voldoende bestaansmiddelen beschikt om een verblijfsrecht als Unieburger te verkrijgen, zoals aangevoerd door verzoekster. Het is bijgevolg onduidelijk waarom verweerder dan in de bestreden beslissing dochter J. ineens niet meer als een beschikker van voldoende bestaansmiddelen beschouwt.

Waar verweerder eveneens aanvoert dat verzoekster op geen enkele wijze aantoont dat de heer D. een gezinslid is, moet erop gewezen worden dat in de bestreden beslissing zelf herhaaldelijk wordt gesteld dat de heer D. partner is van betrokkene. In het gehele administratief dossier is overigens niet de minste aanwijzing te bekennen dat de feitelijke gezinsrelatie tussen verzoekster, dochter J, de heer D. en diens dochter moet in twijfel getrokken worden. Integendeel, het administratief dossier bevat een tenlasteneming door de heer D. van de dochter van verzoekster, het attest van de mutualiteit waaruit blijkt dat dochter J. ten laste is van de heer D. en een attest "samenstelling gezin" van de dienst bevolking van de stad Asse van 25 januari 2013, waarop zowel diens natuurlijke dochter D.A.B, als dochter J. (als niet verwant) worden vermeld. Bijgevolg is de stelling van verweerder in de nota dat dochter J. geen gezin zou vormen met de heer D. of geen enkele band zou hebben met de heer D. strijdig met de stukken van het dossier.

Een schending van artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet wordt aangenomen.

Het derde onderdeel van het eerste middel is gegrond, zodat de eerste bestreden beslissing, m.n. de weigering van verblijf wordt vernietigd.

Gelet op de vernietiging van de beslissing houdende de weigering van verblijf, kan niets anders dan vastgesteld worden dat het bevel om het grondgebied te verlaten kaduuk is geworden (RvV AV 19 december 2013, nr. 115.993).

Verzoekster voert evenwel een tweede middel aan tegen het bevel om het grondgebied te verlaten. Zij voert de schending aan van de artikelen 7, § 1, 2° en 74/13 van de vreemdelingenwet aan, alsook van artikel 8 van het EVRM en van de materiële motiveringsplicht.

Zij licht het eerste onderdeel van het tweede middel toe als volgt:

"Artikel 74/13 Vreemdelingenwet voorziet dat:

"Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land." Zoals hierboven uiteengezet betwist tegenpartij niet dat verzoekster de

moeder is van een minderjarig Italiaans kind dat een recht op verblijf heeft in België en dat zij samenwonen te Asse. De bestreden beslissing heeft tot gevolg dat verzoekster van haar 7-jarig dochtertje zou worden gescheiden nu J. een verblijfsrecht heeft in België als burger van de Unie en het verblijf aan haar moeder geweigerd wordt. Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat tegenpartij bij het nemen ervan rekening hield met het hoger belang van het kind of het gezins- en familieleven. De bestreden beslissing bevat geen enkel motief hieromtrent. De bestreden schendt dan ook artikel 74/13 Vreemdelingenwet en de materiële motiveringsplicht."

Verzoekster licht het tweede onderdeel van haar tweede middel aangaande de aangevoerde schending van artikel 8 van het EVRM toe als volgt:

"Voor de wijziging van artikel 7 door de wet van 19.01.2012 was de afgifte van een bevel op grond van artikel 7 Vreemdelingenwet facultatief (RvV arrest nrs. 66.328 tot 66.332 van 08.09.2011). Sinds de wetswijziging van 19.01.2012 is dit niet langer het geval wanneer het bevel o.m. gegrond wordt op artikel 7, eerste lid, 2°, zoals in onderhavig geval. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat deze verplichting "uiteraard" niet geldt indien de effectieve terugkeer van de vreemdeling een schending zou uitmaken van de artikelen 3 en 8 EVRM (1). Tegenpartij mag dus geen automatische toepassing maken van artikel 7, eerste lid, 2° Vreemdelingenwet bij het nemen van een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden, wanneer een schending van artikel 8 EVRM dreigt.

De Raad van State oordeelt dat "artikel 8 EVRM als hogere norm boven de Vreemdelingenwet primeert; dat de algemene stelling dat een 'correcte' toepassing van de Vreemdelingenwet geen schending van artikel 8 EVRM kan uitmaken niet volstaat; dat de toepassing van de Vreemdelingenwet bij het nemen van de bestreden beslissing, zeker wat betreft het bevel om het grondgebied te verlaten, aan de voorwaarden van artikel 8 EVRM moet worden getoetst (...) met name wat betreft de noodzaak in een democratische samenleving van inmenging in het gezinsleven van de verzoekende partij en wat betreft de afweging tussen de belangen van de staat enerzijds en van de verzoekende partij en haar kinderen anderzijds".

Wanneer de schending van artikel 8 EVRM wordt ingeroepen diende volgende redenering te worden gevolgd zoals blijkt uit de arresten van de algemene vergadering van Uw Raad van 17 februari 2011 :

1) In de eerste plaats wordt onderzocht of er een gezinsleven bestaat. Dit begrip wordt door artikel 8 EVRM niet gedefinieerd, het gaat om een autonoom begrip dat los van het interne recht dient te worden geïnterpreteerd. De persoonlijke band tussen deze familie- of gezinsleden moet voldoende hecht zijn. Dit is een feitenkwestie. In casu wordt in de bestreden beslissing niet betwist dat verzoekster de moeder is van een minderjarig Italiaans kind met recht op verblijf in België. Gelet op haar jonge leeftijd is J. helemaal afhankelijk van verzoekster. Uit de bestreden beslissing zelf blijkt dat verzoekster met haar dochtertje inwoont bij haar partner. Er is onbetwistbaar sprake van een gezinsleven.

2) Dan dient onderzocht te worden of de bestreden beslissing een inmenging is in het gezinsleven. In dit verband wordt een onderscheid gemaakt tussen de vreemdelingen die voor de eerste keer verblijf in België vraagt en de vreemdeling die al een lang verblijf heeft en gedwongen verwijderd wordt.

Gaat het om een eerste aanvraag om verblijf is er geen inmenging en geschiedt er geen toetsing aan de hand van artikel 8, tweede lid EVRM. Er moet onderzocht worden of er een positieve verplichting voor de staat is om het recht op gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen; dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance' - toets. Indien na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, is er schending van artikel 8 EVRM. Het gaat om de positieve verplichting voor de staat om artikel 8 EVRM na te leven door aan een vreemdeling toe te staan op zijn grondgebied te verblijven indien er gezinsleden, eigen onderdanen of vreemdelingen, verblijven.

In casu heeft de bestreden beslissing tot gevolg dat verzoekster van haar minderjarige dochter zou worden gescheiden. Uit de bestreden beslissing blijkt geenszins dat tegenpartij tot een belangenafweging zou zijn overgegaan betreffende het gezinsleven dat beschermd wordt door artikel 8 EVRM. De bestreden beslissing schendt artikel 7, eerste lid, 2° Vreemdelingenwet, alsook 8 EVRM en de materiële motiveringsplicht."

In het eerste onderdeel van het tweede middel voert verzoekster de schending aan van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet *juncto* de materiële motiveringsplicht. Zij wijst erop dat verweerder niet betwist dat verzoekster de moeder is van een minderjarig Italiaans kind dat verblijfsrecht heeft in België en dat zij samenwonen te Asse. Ze wijzen erop dat het bevel tot gevolg heeft dat verzoekster van haar 7-jarig dochtertje zou worden gescheiden nu J. een verblijfsrecht heeft in België en het verblijf aan haar moeder geweigerd wordt. Uit de bestreden beslissing blijkt volgens haar niet dat tegenpartij bij het nemen ervan rekening hield met het hoger belang van het kind of het gezins- en familieleven.

Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht behoort het niet tot de bevoegdheid van de Raad om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij haar beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen.

Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

“Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land.”

De Raad wijst erop dat artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, de omzetting vormt van artikel 5 van Richtlijn 2008/115/EG over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, op 16 december 2008 door het Europees Parlement en de Raad vastgesteld (hierna verkort de Terugkeerrichtlijn) (cf. Pb.L. 24 december 2008, afl. 348,98.)

In deze context is het van belang te wijzen op artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat samen met het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 in werking is getreden, en dat luidt als volgt:

“De rechten van het kind:

- 1. Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in hen betreffende aangelegenheden wordt in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang gehecht.*
- 2. Bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind een essentiële overweging.*
- 3. Ieder kind heeft het recht, regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist.”* (cf. Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, Pb. C. 30 maart 2010, afl. 83, 395).

Artikel 51 van het Handvest verduidelijkt dat het Handvest van toepassing is wanneer lidstaten bepalingen van Unierecht ten uitvoer brengen: *“1. De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegeedeeld. (...)”*.

In casu is artikel 24 van het Handvest bijgevolg van toepassing aangezien de bestreden beslissing een tenuitvoerlegging betreft van artikel 5 van richtlijn 2008/115/EG.

De toelichtingen bij artikel 24 van het Handvest stellen het volgende:

“Dit artikel is gebaseerd op het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, dat door alle lidstaten is bekrachtigd, met name op de artikelen 3, 9, 12 en 13 van dat Verdrag. (...)” (cf. Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 14 december 2007, afl. 303, 17.). Deze toelichtingen hebben een belangrijke interpretatieve waarde. Krachtens artikel 52, § 7 van het Handvest zijn deze toelichtingen opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten en dienen deze toelichtingen door de rechterlijke instanties van de Unie en van de Lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

Voor een beter begrip van artikel 24 van het Handvest is het derhalve aangewezen om artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag nader te bekijken.

Artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

“Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.”

Het VN Kinderrechtencomité verduidelijkt omtrent artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag het volgende:

“Article 3 (1): the best interests of the child as a primary consideration in all actions concerning children. The article refers to actions undertaken by “public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies”. The principle requires active measures throughout Government, parliament and the judiciary. Every legislative, administrative and judicial body or institution is required to apply the best interests principle by systematically considering how children’s rights and interests are or will be affected by their decisions and actions - by, for example, a proposed or existing law or policy or administrative action or court decision, including those which are not directly concerned with children, but indirectly affect children.” (cf. UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 november 2003, CRC/GC/2003/5, par. 12).

Gelet op bovenstaande blijkt dus dat artikel 3.1. van het VN Kinderrechtenverdrag niet enkel van toepassing is op maatregelen die genomen worden betreffende kinderen. Ook maatregelen die kinderen onrechtstreeks beïnvloeden, vallen onder de werkingssfeer van artikel 3.1. van het Kinderrechtenverdrag.

Het is niet betwist dat verweerder inderdaad op de hoogte was van het bestaan van de minderjarige dochter van verzoekster. Verweerder meent dat wel omtrent het gezinsleven zou gemotiveerd zijn in de bestreden beslissing omdat er wordt gesteld dat verzoekster niet aantoonbaar ten laste te zijn van haar dochter. De Raad ziet niet in hoe deze vaststelling kan beschouwd worden als een motivering waaruit blijkt dat rekening werd gehouden met het gezinsleven, laat staan het hoger belang van dit zevenjarig kind.

Waar verweerder verwijst naar een arrest van de Raad weze het opgemerkt dat de Raad in deze eveneens stelt dat artikel 74/13 van de vreemdelingenwet bescherming biedt aan personen waartegen de verweerder een verwijderingsmaatregel overweegt en die een kind of een gezins- of familieleden hebben in België of die met grote gezondheidsproblemen kampen. *In casu* meent de Raad dat verzoekster op afdoende wijze haar feitelijk gezinsleven heeft aangetoond (zie *supra*), verweerder betwist ook geenszins dat verzoekster samenwoont met haar kind. Bijkomend weze opgemerkt dat de referentie die verweerder geeft niet correct is, het opgegeven arrestnummer dateert van een andere datum en het arrest heeft geen betrekking op een interpretatie van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet. Tot slot hebben arresten in een continentale rechtstraditie evenmin een precedentswaarde.

Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet is geschonden.

Het tweede middel is in de aangegeven mate gegrond. Deze vaststelling leidt tot de nietigverklaring van de tweede bestreden beslissing.

Aangezien de eventuele gegrondheid van de overige onderdelen van het middel niet tot een ruimere vernietiging kunnen leiden van de tweede bestreden beslissing, dienen deze niet te worden onderzocht (RvS 18 december 1990, nr. 36.050; RvS 24 oktober 2002, nr. 111.881).

3. Kosten

Gelet op het voorgaande past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van verweerder.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en voor Maatschappelijke Integratie van 9 oktober 2013 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten wordt vernietigd.

Artikel 2

De kosten van het beroep, begroot op 175 euro, komen ten laste van verweerder.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op twintig maart tweeduizend veertien door:

mevr. J. CAMU,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

J. CAMU